Die Klage auf Herausgabe des Kindes.

Auszug

aus der Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hermann Hengsberger
Referendar aus Melsungen.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

§ 1. Einleitung.

§ 2. Geschichtlicher Rückblick.

§ 3. Klagegegenstand: Ein „Kind".

Die Klage ist zulässig bei minderjährigen Personen (vgl. §§ 2—5 B.G.B.) mit Ausnahme verheirateter Töchter (§ 1633 B.G.B.).

§ 4. Aktivlegitimation.

Zur Erhebung der Klage ist berechtigt, wer das Recht zur Sorge für die Person des Kindes innehat. Dieses Recht kann beruhen auf Gesetz, Anordnung des Vormundschaftsgerichts oder einstweiliger Verfügung des Prozeßgerichts. Nach dem Gesetz ist während bestehender Ehe der Vater und neben ihm in beschränktem Umfange die Mutter sorgeberechtigt (§§ 1627, 1634 B.G.B.); Sonderbestimmungen gelten bei tatsächlicher Verhinderung oder Ruhen (§ 1685 Abs. 1), Verwirkung (§ 1773 mit § 1698; vgl. § 1684 Ziff. 2) und Entziehung der elterlichen Gewalt nach § 1666 (§§ 1773, 1909; vgl. § 1685 Abs. 1). Ist der Vater tot, so gilt § 1684 Ziff. 1. Wird oder ist die Ehe geschieden, so verteilt sich das Sorgerecht nach § 1635; auch hier gelten in Fällen rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung Sonderbestimmungen.

Bei rein tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten tritt keine Verschiebung ein; es gilt nicht etwa § 1635, sondern §§ 1627, 1634.

Anordnungen des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich des Sorgerechts ergehen während bestehender Ehe nach §§ 1665, 1666, nach Ehescheidung außerdem nach §§ 1685 Abs. 2 und 1635 Abs. 1 S. 2. Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts sind zulässig nach § 627 C. P. O. Zwischen Vormundschafts- und Prozeßgericht besteht grundsätzlich kein Vorrang; nur sind bestimmte Anordnungen des Vormundschaftsgerichts für das Prozeßgericht bindend.

§ 5: Vorenthaltung.

Sie bedeutet Schaffung eines Zustandes durch körperliche, nicht seelische Einwirkung auf das Kind, der dem Fürsorgeberechtigten die Ausübung seines Rechtes wesentlich erschwert oder unmöglich macht. Nicht nötig ist, daß das Kind sich in der unmittelbaren Obhut des Beklagten befindet.

§§ 6, 7. Widerrechtlichkeit der Vorenthaltung.

Diese ist nicht vorhanden, wenn der Beklagte zur Fürsorge für das Kind besser berechtigt ist als der Kläger, und wenn eine öffentlich-rechtliche Pflicht die persönliche Anwesenheit des Kindes erfordert. Dagegen besteht kein Recht zur Vorenthaltung, wenn der Vater sein Sorgerecht gegenüber dem Kinde oder gegenüber der beklagten Mutter mißbraucht, und ferner nicht, wenn der Kläger auf sein Sorgenrecht „verzichtet" hat, da ein Verzicht sowohl auf das Recht als auf die Pflicht zur Personensorge unzulässig ist. Eine Ausnahme letzterer Regel bildet § 127 d der Gewerbeordnung, nicht dagegen § 113 B.G.B.

§ 8. Herausgabe.

Sie bedeutet Unterlassen der Vorenthaltung. Wiedergutmachung der Vorenthaltung kann nur nach § 823 Abs. 1 B.G.B. verlangt werden.

§ 9. Beweislast.

Der Kläger hat sein Recht und die Tatsache der Vorenthaltung, Beklagter den etwaigen Mangel der Wiederrechtlichkeit zu beweisen.

§ 10. Verfahren und Zwangsvollstreckung.

Der Anspruch wird im Wege der Zivilklage vor den ordentlichen Prozeßgerichten geltend gemacht; auch einweilige Verfügungen sind zulässig. Der Klageantrag kann entweder allgemein auf Herausgabe oder auf eine bestimmte Einzelhandlung gerichtet werden. Die Verfahrensvorschriften der §§ 76, 265, 325, 727 C.P.O. sind analog anzuwenden; nicht § 612 C.P.O.

Zwangsvollstreckung erfolgt, je nach dem Urteilstenor, in Analogie der §§ 883 ff. C.P.O.

Druck von Karl Gleiser in Marburg.